

# 网络犯罪国际规则编纂的现状、目标及推进路径

杨帆（厦门大学）

## 0 引言

近年来，打击网络犯罪国际合作的法制化有若干新发展，构成网络犯罪国际规则后续演化的新变量，值得关注。本文将主要聚焦欧美、俄、中的相关国际法编纂实践，系统回顾网络犯罪国际规则编纂的现状，拆分并厘清网络犯罪国际规则编纂的多重目标，并对中国参与和推进网络犯罪国际规则编纂的后续路径展开研判。

## 1 网络犯罪国际规则编纂的碎片化现状

网络犯罪国际规则的编纂活动在多个平台同时推进，呈现明显碎片化。上合、非盟、东盟等主要区域联盟均出台了相关公约或协定，欧美主要围绕欧委会项下《布达佩斯公约》寻找推广其规制实践、扩张其治理范式的突破口，俄、中则继续分别寻求在联合国框架下制定打击网络犯罪多边规则。具言之：

第一，欧美持续推动《布约》的优化更新与多边化。通过公约委员会（T-CY），欧美试

图追踪评估以提升公约的实施效果，推进《第二附加议定书》的谈判以保持条约内容的优化更新，推动新缔约国的加入以实现条约体系的扩张诉求。此外，通过公约项下网络犯罪项目办公室（C-PROC），欧美补贴大量相关国家进行打击网络犯罪能力建设，藉由技术合作输出《布约》标准和流程。截至目前，《布约》已有 63 个缔约国；据评估，另有超过 70 个国家在制定打击网络犯罪国内法时受到《布约》结构和措辞的影响。尽管美欧希望以本区域性公约为范本或基础，扩展成为全球多边性网络犯罪公约，但是，鉴于中俄一贯的反对立场，此目标仍远未达成。

第二，俄于 72 届联大提交《联合国合作打击信息犯罪公约（草案）》，其后续影响有待追踪观察。值得注意的是，在条文编纂技术上，俄《草案》并未提供类似《布约》体系下《解释性报告》和《指南说明》的支持文件，对约文背景和适用进行细致说明；在公约配套制度上，俄《草案》亦未设计类似《布约》体系下 T-CY 和 C-PROC 的支持机制，为草案的后续更新和扩大影响提供持续动力。这在一定程度上直观



地反映了俄《草案》与《布约》在编纂和设计水平上的差距，也构成俄《草案》后续推广和实施过程中的前提性障碍。

第三，中国继续推动联合国网络犯罪政府专家组项下的规则编纂。专家组自2011年设立以来，共召开四次会议。在2017年会议上，专家组通过了金砖国家提出的2018—2021年工作计划，确定工作重心从程序性事项转向实质性事项，正式开启实质性磋商进程。根据计划，专家组将于2021年出台工作建议，提交联合国预防犯罪和刑事司法委员会。尽管各国在核心网络犯罪行为定罪、综合应对网络犯罪模式以及加强跨境获取电子证据交流等问题上有一定共识，但在具体问题政策取向、优先目标等方面，各国仍存在不少分歧。这意味着专家组的后续工作任重道远，也正因此，审视网络空间国际规则编纂的目标，检视吸取其它可比实践的可取经验，进而对中国参与和推进网络犯罪国际规则编纂的后续路径加以研判，才显得尤为重要。

## 2 网络犯罪国际规则编纂的四重目标

欧美、中、俄以及其他区域在网络犯罪国际规则编纂缔约实践上的分歧，概因其对此问题的认知存在差异，其各自所追求目标的优先级存在冲突错位。根据观察总结，网络犯罪国际规则编纂至少存在以下四个层次的目标：

目标一：有效打击跨国网络犯罪。这是各国就网络犯罪问题进行国际合作的基本宗旨。从内容上而言，包括《布约》以及俄《草案》在内的几乎所有既存网络犯罪国际公约都会涵

盖对特定类型网络犯罪入罪和刑罚要求的实体法要求，对案件管辖、办案调查措施的程序法规定，以及对引渡、电子取证、司法协助等国际合作事项的协调。鉴于网络犯罪类型复杂多样，何种规则体系利于推进实现有效治理，是一个值得细致分析的问题。我们认为：不宜以单一标准要求所有类型的网络犯罪，而应当引入网络犯罪治理的分类体系，以利根据不同类别寻求相关方最大限度的共识，并在此基础上采取最大限度的措施。为此，在后续实践中，可以考虑将敏感度和共识度作为标准，对网络犯罪进行更细致的分类。例如，一般而言，网络窃密的敏感度显然高于网络赌博，打击网络儿童色情的共识度显然高于治理网络不当言论。如此，对于低敏感、高共识的网络犯罪类别，应当相应提高合作标准和预期目标。

目标二：依法保护基本人权。这是文明社会进行犯罪治理的应有底线。就打击网络犯罪中的人权保障而言，《布约》第15条以及俄《草案》第22条做了非常相近的规定。但除了一般性的原则要求之外，此种立法进路并不能够统一人权保障的标准。在实践中，往往需要参考缔约国的国内法规定及其承担的国际人权法义务，方能确定人权保障的具体要求，这将极易导致“相似情形无相似待遇”的后果。仍以《布约》第15条与俄《草案》第22条为例，二者均强调缔约方在打击跨国网络犯罪时都应遵守其在《1966年联合国公民权利和政治权利国际公约》，但《布约》同时明确，缔约方还需承担《1950年欧洲保障人权和基本自由公约》项下的国际人权法义务，并强调应当考虑比例原则。鉴于各国犯

罪治理人权保护的国内标准不一，其所承担的国际人权法义务也不同，前述局面短期内难以消除或改善。

目标三：尊重各国网络主权和司法主权。这是主要国家阵营立场冲突之急所。中、俄均认为《布约》并未按此目标行事，其主要原因之一在于：《布约》第32(b)条规定，缔约方有权未经另一缔约方授权，访问或接受另一缔约方境内存储的电子数据，只要该数据的有权处置方自愿同意即可。俄将此条款视为对网络主权的侵犯，并在多种场合以此作为其拒绝加入《布约》的主要原因。相对应的，俄《草案》第3条则明确规定打击网络犯罪国际合作应当坚持主权平等，并不得干涉他国内政。中国也一贯反对将《布约》直接推广成为多边公约，除认为大部分发展中国家未参与《布约》谈判、加入和修订程序要求苛刻、所涉事项已显过时等原因之外，尤为重要的是，在网络主权事项上存在实质分歧。我们认为：打击跨国网络犯罪，不只是单纯技术意义上的刑事司法国际合作问题，而更应该关乎网络空间国际规则基本立场的确立和维护。就此而言，中、俄立场相近，而与欧美立场相抵；而如何从立场之争中胜出，一是靠尽可能争取同盟，二是靠用更坚实的理论 and 更吸引人的理念对立场进行正当化。

目标四：争夺规则制定话语权。这是主要国家阵营深层分歧的所在。欧美试图立足《布约》，罔顾众多发展中国家未参与缔约谈判的事实，将欧委会项下的区域性公约直接扩展为全球多边公约，进而确立和推广其立法偏好，把持公约解释和修改的主动权。中、俄则试图

依托联合国多边框架，主张按照正统范式进行多边公约谈判和编纂。我们认为：联合国作为战后建立的最有合法性和权威的国际组织，在国际事务中的地位不应当被某一区域组织所取代。此外，一国在打击网络犯罪国际规则的生成过程中能否占有一定的话语定位，其核心立场和关键主张是否能够得到某种程度的反映，将直接影响该国后续参与该领域国际法实践的能力。亦言之，规则制定之争先于规则适用之争。

### 3 网络犯罪国际规则编纂的推进路径

从我国一贯立场和既定实践出发，结合以上总结的四重目标，对我国参与和推进网络犯罪国际规则编纂的后续路径研判如下。

首先，为适应目标一和目标二，实现我国在有效打击网络犯罪跨国合作中的主动引领，建议尝试从程序延伸到实体、从实践反推至文本、从区域扩展到多边、由国际刑事司法合作撬动网络空间国际规则的务实路径。为此：

一是需要加强国内部门间的协同。在这方面，《布约》的T-CY与C-PROC体系值得借鉴。在该体系中，约文文本的解释更新、条约影响的扩散推广、能力建设的集中输出形成稳定三角，互为倚助，有机协同。反观中国有关网络犯罪国际规则的职能部门分工，缔约谈判实践主要由外交部门主导，跨境合作与能力援建主要由公安部门主导，相关理论研究和战略研判一定程度上又受网信部门影响。显然，根据统一目标，打通职能部门边界，促成协同，形成合力，对中国后续参与和推进网络犯罪国际规



则编纂而言至关重要。

二是需要注重合作实践对于规则塑造的作用。在联合执法、司法互助、警务培训、能力建设等跨国实践中,随着主导国相关产品、技术、流程的输出,其相关治理理念、模式、标准也会得到传播和继受,从而为后续缔约谈判起到铺垫作用。在这方面,由于网络安全企业等相关私主体具有相对中立身份,所以尤其需要关注对私主体参与此种实践的引领和推动。

三是需要发现利用区域共性,推进深度合作。目前,在打击网络犯罪的问题上,我国与周边不同国家合作的不同区域共性已经初步显现。例如:与东南亚国家,我国主要就网络诈骗犯罪问题紧密合作;与中亚国家,我国主要就网络恐怖主义犯罪问题紧密合作。在务实推进规则编纂的路径上,应充分认识到、并利用好区域共性,就区域共同关注的特定治理问题,推动深度合作,发挥样板效应。

其次,为坚持目标三和目标四,保持我国在寻求多边规则制定话语权中的应有地位,建议继续积极推动在联合国网络犯罪政府专家组

项下的规则谈判和编纂。为此:

一是更加紧密关注专家组的进展,更多地实质性参与专家组的工作。在这方面,可以考虑利用专家组现有机制,积极推荐我国相关高校或单位作为观察员,鼓励更多中国专家加入专家组议事进程,发出更大的中国声音。

二是寻求与俄协调立场,尽量形成合力践行在联合国框架下编纂网络犯罪多边规则的主张。中俄在维护网络主权等关键问题上存在共识,这是双方进行立场协调的基础。在目前欧美主推《布约》的形势格局下,凝聚合力至关重要。

三是应将网络犯罪国际规则的编纂问题与其它网络空间国际规则谈判实践统筹联系。在这方面,UNGGE 项下的后续国际谈判进程值得关注。

## 作者简介

杨帆,博士,厦门大学法学院网络空间国际法研究中心副主任,主要研究领域为网络空间国际法。✉